مدى حق المرأة في إنهاء عقد النكاح بالخلع

د. محمد جميل مبارك

أستاذ التعليم العالي
كلية الشريعة - أكادير - المغرب

أبيض

بِسْـــمِ اللَّهِ الرَّحْمَـــنِ الرَّحِيـــمِ

مدى حق المرأة في إنهاء عقد النكاح بالخلع

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين. أما بعد،

فهذا موضوع ذو أهمية فقهية واجتماعية، وقد ازدادت أهميته بعد ارتفاع وتيرة لجوء المرأة إليه في السنين الأخيرة إثر صدور مدونات للأسرة في بعض الدول الإسلامية، وإثر تعديلات في قضايا الطلاق في دول أخرى.

وشاع لدى كثير من الناس أن اللجوء إلى الخلع ناجم عن صيحات نسائية تعالت هنا وهناك للمطالبة بالحد من استئثار الرجل بالطلاق، وظن بعضهم أن في تطبيق بعض المحاكم لمسألة الخلع مبالغة كانت وراء تزايد نسب الطلاق في المجتمعات الإسلامية، ونظر بعضهم بعين الريبة إلى الدوافع التي كانت وراء التعديلات التي لحقت مواد كثير من مدونات الأسرة.فاقتضى الأمر بحث المسألة من الناحية العلمية من خلال النصوص الشرعية والفقهية في مختلف المذاهب، ثم بحثها من الناحية التطبيقية في بعض محاكم الدول الإسلامية.

واستجابة لهذا الاقتضاء قسمت الموضوع إلى مبحثين، تناولت في أحدهما أهم قضايا الخلع لدى أهم المذاهب الفقهية، وتناولت في المبحث الثاني: كيفية تطبيق الخلع في بعض المحاكم المغربية وفق مدونة الأسرة.

والأمل معقود بعد على توسيع دائرة المقارنة بين الصور المطبقة للخلع في محاكم دول إسلامية أخرى وصولا إلى نتائج علمية تفيد في تقليص الآثار السلبية لتطبيق الخلع، وعسى أن يتحقق هذا الأمل بعد التمكن من الاطلاع على نماذج تطبيقية للخلع في محاكم تلك الدول.

أبيض

المبحث الأول
أهم قضايا الخلع في مختلف المذاهب الفقهية

تعريف الخلع لغة واصطلاحا:

مادة «خلع» تعود إلى أصل واحد مطرد كما قال ابن فارس:«وهو مزايلة الشيء الذي كان يشتمل به أو عليه[1].

وهذا يدل على أن أصل استعماله كان في الإزالة مطلقاً[2]؛ فيقال: خلع فلان ثوبه يخلعه خلعاً إذا نزعه، ومن ثم سمي البسر النضيج خالعا «لأنه يخلع قشرته عن رطوبته». ولذلك فسره اللغويون بالنزاع إذا كان بفتح الخاء، وإن فرق بعضهم بين النزع والخلع بأن في الخلع مهلة[3]، وسوى بعضهم بينهما[4]

وقد استعملوا الخلع بفتح الخاء في النزع الحقيقي كخلع الثوب والنعل، واستعملوا الخلع بضمها في فراق الزوجة على عوض، وكأنهم ضموا الخاء في هذا المعنى تفرقة بين الأجرام والمعاني، فاستعملوا الخلع بالفتح في معناه الحقيقي واستعملوه بالضم في معناه المجازي[5].

قال الكفوي: «واختص في إزالة الزوجيةبالضم، وفي إزالة غيرها بالفتح، كما أن التسريح عن قيد النكاح اختص بالطلاق، وعن غيره بالإطلاق»[6].

وينسب فعل الخلع للمرأة فيقال، خالعته، واختلعت منه، وهي خالع، ومختلعة[7]، وينسب أيضاً للرجل، فيقال: خلع فلان زوجته[8]، وهو خالع،

---

(١) معجم مقاييس اللغة مادة «خلع»

(٢) ينظر انيس الفقهاء ص ١٦١ ، والكليات مادة «خلع»

(٣) القاموس المحيط ، ولسان العرب مادة خلع

(٤) لسان العرب مادة خلع

(٥) ينظر فتح الباري ج ٢٠ / ٦٢، وعمدة القاري ج ١٧ / ٤٢ .

(٦) الكليات مادة خلع.

(٧) أساس البلاغة ، ولسان العرب ، مادة خلع.

(٨) أساس البلاغة، مادة خلع.

فصفة «الخالع» تطلق عليهما معاً.

ويبدو أن الخلع بمعنى افتداء المرأة نفسها بمال كان معروفاً قبل الإسلام كمايدل عليه ما أنشد ابن الأعرابي.

مولعات بهات هات فإن شـ ـفر مال أردن منك الخلاعا[1]

وذكروا العرب أن أول خلع وقع في العرب كان بين ابنة عامر بن الظرب وبين زوجها وقد زوجها أبوها من ابن أخيه عامر بن الحارث بن الظرب، فنفرت منه فشكا إلى أبيها فقال: لا أجمع عليك فراق أهلك ومالك، وقد خلعتها منك بما أعطيتها[2].

وفي الاصطلاح عرف بتعريفات هذه أهمها:

فعرفه المالكية بأنه «الطلاق بعوض»[3]

وأضيفت بعض العناصر في تعريفات أخرى كقول بعضهم: «هو الطلاق بعوض، ولو من غير الزوجة، وبلفظ الخلع»[4].

وكقول ابن عرفة: «هو عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها، ويملك به الزوج العوض»[5].

وعرفه الحنفية بأنه: «فصل من نكاح بمال، بلفظ الخلع غالبا»[6]

وبأنه: إزالة الزوجية بما يعطيه من المال[7]

وبأنه: إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع[8]

وبأنه: فراق الرجل امرأته على عوض يحصل له[9]

(١) لسان العرب مادة خلع وشفر المال بمعنى قل.
(٢) نقلة الحافظ ابن حجر عن أبي بكر بن دريد أنظر: فتح الباري ج ٢٠ / ٦٢ .
(٣) هو تعريف للشيخ خليل في مختصره وانظره بشرح الدردير ج ٢ / ٣٤٧ وقريب منه قول ابن رشد: بذل المرأة العوض على طلاقها ، بداية المجتهد ج ٥ / ٦٨٠ .
(٤) البهجة في شرح التحفة ج ١ / ٣٤٥ .
(٥) شرح حدود ابن عرفة للرصاع ج ١ / ٢٧٥
(٦) درر الحكام ج ١ / ٣٨٩ .
(٧) عمدة القاري للعيني ج ١٧ / ٤٢
(٨) رسائل ابن نجيم ص ٣١٧ .
(٩) وهو التعريف الذي اختاره زين الدين العراقي وصوبه، كما نقله عنه تلميذه العيني في عمدة القاري ج ١٧ / ٤٢

وعرفه الشافعية بأنه: فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع[1].

وعرفه الحنابلة بأنه فراق زوجته بعوض بألفاظ مخصوصة[2].

ويلحظ في التعريفات الاصطلاحية للخلع بعض المنازع الفقهية لأصحابها: منها طبيعة الخلع هل هو طلاق أو فسخ؟ فعبر المالكية في بعض التعريفات بالطلاق ليفهم مذهبهم في طبيعة الخلع - من تعريفه -

وتجنب الحنفية اعتباره طلاقاً في التعريف، وإن كان هو مذهبهم، إبعاداً للخلاف عن التعريف - فيما يبدو- فعبروا بالفصل والإزالة والفراق.

وعبر الحنابلة بالفراق المحتمل للطلاق وللفسخ وقد قيل بهما في مذهبهم كما سيأتي، وهكذا تنوعت العبارة الأولى في تعريفات الخلع، ففي بعضها: فراق، وفي بعضها: طلاق،وفي بعضها إزالة،وفي بعضها :فصل.

ومنها :هل يشترط فيه لفظ الخلع، أو يصح أن يقع بالطلاق مع ذكر العوض،فعبر المالكية في أحد التعاريف وكذا الشافعية بأن الخلع يقع بلفظ الطلاق،وبلفظ الخلع،واقتصر الحنفية في أحد التعاريف على لفظ الخلع، وجعلوا لفظ الخلع غالبا في تعريف آخر، وعبر الحنابلة بالألفاظ بالجمع في التعريف إيماء إلى أن للخلع ألفاظاً لا لفظاً واحداً. ومنها: إمكان دفع العوض من قبل غير الزوجة كما في أحد تعاريف المالكية. ومنها: تحديد المقابل بالمال أو تعميمه ليشمل كل ما يبذل من مال أو غيره، ففي معظم التعريفات وقع التعبير بالعوض بدل المال الذي في بعض تعريفات الحنفية، كتعريفه بأنه: فصل من نكاح بمال، وبأنه: مفارقة الرجل امرأته على مال[3].

وقد انتقد التعريفان بعدم اشتراط كون البدل في الخلع مالاً، إذلو خالعها على قصاص لها عليه صح وإن لم يأخذ الزوج منها شيئا[4].

وقد لوحظ في العلاقة بين الخلع بمعناه الاصطلاحي، وبين الخلع

(١) مغنى المحتاج ج ٦ / ٣٩٣ - ٣٩٥ ، وقارن بروضة الطالبين ج ٥ / ٦٨٠ .

(٢) شرح منتهى الإداردات ج ٥ / ٣٣٥ ،

(٣) نسبة العيني إلى كثير من الفقهاء.

(٤) أنظر عمدة القارئ ج ١٧ / ٤٢

بالفتح بمعناها اللغوي، رفع لوظيفة الستر بخلع الثوب، ورفع لوظيفة الستر بين الزوجين بالخلع بينهما وذلك أن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجل، والرجال لباسا للنساء كما قال تعالى: ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾(١) فإذا افتدت المرأة من زوجها، وأجابها إلى ذلك فقد خلع كل منهما لباس صاحبه(٢).

مصطلحات مشابهة للخلع:

ترددت مصطلحات أخرى في الكتب الفقهية منذ القديم تطلق على الخلع، وهي: الفدية، أو الافتداء والمبارأة، أو الإبراء والصلح،والفسخ، وأكثر المصطلحات شيوعاً هي «الخلع، والفدية، والمبارأة، وبعض الفقهاءصرحوا بالتسوية بين هذه المصطلحات وأنها مترادفة، ومن ذلك قول ابن عمران: «الخلع والصلح، والفسخ، سواء، وهما أسماء مختلفة لمعان متفقة.

غير أن كثيراً من الفقهاء فرقوا بين هذه المصطلحات لخصوصيات توجد في بعضها دون بعض، فأطلقوا الخلع على بذل المرأة للرجل جميع ما أعطاها، وأطلقوا الصلح على بذلها بعض ما أعطاها، وأطلقوا الفدية على بذلها أكثر مما أعطاها، وأطلقوا المبارأة على إسقاطها عنه حقاً لها عليه(٣).

وللإمام مالك رحمه الله تفرقة أخرى بين ثلاثة من هذه المصطلحات، فقد سئل ابن القاسم، ماالخلع؟ وما المبارأة؟ وما الفدية؟ قال: قال مالك: المبارأة التي تبارئ/زوجها قيل أن يدخل بها فتقول: خذ الذي لك وتاركني ففعل فهي طلقة... والمختلعة: التي تخلع من كل الذي لها، والمفتدية: التي تعطيه بعض الذي لها وتمسك بعضه، قال مالك: وهذا كله سواء»(٤).

فجعل مصطلح المبارأة خاصاً بغير المدخول بها، وسبق في كلام ابن

---

(١) من الآية ١٨٧ من سورة البقرة، وانظر لسان العرب مادة خلع.

(٢) عن البهجة شرح التحفة ج ١ / ٣٤٥

(٣) انظر بداية المجتهد ج ٢ / ٦٩ وقارب بلباب اللباب لابن رشد ص ١٠٣ أورد فيه أن الافتداء هو بذل جميع الحق الذي أعطاها.

(٤) المدونة ٢ / ٣٤٦ ونقله في المقلوب ، وعنه التاودي على تحفة الحكا م ج ١ / ٣٤٥ ونقلة الحافظ ابن حجر عن ابن عبد البر عن مالك في فتح الباري ج ٢٠ / ٧٢ .

رشد إطلاق المبارأة على من تسقط حقاً لها عن زوجها للافتداء منه، وفي بعض مصادر المالكية أن المبارأة هي الخلع كفافاً لا يعطي أحدهما صاحبه شيئاً فقد نسب ابن القاسم إلى مالك قوله: «لا بأس أن يتتاركاعلى أن لا يعطيها شيئاً ولا تعطيه شيئاً»[1].

ويبدو أن المالكية لم يتقيدوا بهذه التفرقة التي صدرت عن مالك، ولذلك عقب الحافظ ابن عبد البر على كلام مالك هذا بقوله: «وقد يستعمل بعض ذلك موضع بعض»[2].

أما الإمام الشافعي فصرح بالتسوية بين المصطلحات الثلاثة وقال: «والخلع والمبارأة والفدية سواء كله في هذا إذا أريد به الفراق ولا يختلف»[3]

غير أنه ربط التسوية بين تلك المصطلحات بأن يكون المراد بها واحداً وهو الفراق.

ووجه التشابه بين هذه المصطلحات أن الخلع يسمى خلعاً «لأن المرأة تتخلع من لباس زوجها، ويسمى افتداءً لأنها تفتدي نفسها بمال تبذله»[4] ويسمى مبارأة لأنها تبرئه من الحق الذي لها عليه فكأنهم اشتقوها من البراءة[5]، كما يفهم من تفسير ملا خسرو للمبارأة بأنها جعل كل منهما بريئاً للآخر من الدعوى عليه[6].

لكن اللافت عند بعض الفقهاء أنهم بنوا التفرقة بين هذه المصطلحات على تقسيم الخلع إلى صريح وكناية كما فعل ابن قدامة في المغني إذ جعل ثلاثة مصطلحات من قبيل الصريح وهي: المخالعة، والمفاداة، والفسخ، وجعل المبارأة والإبراء والإبانة من قبيل الكناية والفرق بين الصريح والكناية فقهاً أن من أتى بألفاظ الخلع الصريحة وقع الخلع بلا حاجة إلى نية، وأن من أتى

---

(١) المدونة ج ٢ / ٣٣٧ .
(٢) عن فتح الباري ج ٢٠ / ٧٢ .
(٣) الأم ج ٥ / ١٨٤ .
(٤) المغنى ج ٧ / ٣٢٤ .
(٥) وقد صرح به السر خسي في المبسوط ج ٦ / ١٩١
(٦) درر الحكام شرح غرر الأحكام ج ١ / ٣٩٢ .

بكنايات الخلع فلا يقع خلعه إلا إذا نواه، أصله كنايات الطلاق تحتاج إلى نية فكذلك كنايات الخلع تحتاج إلى نية[١].

مشروعية الخلع:

أجمع العلماء على مشروعية الخلع من حيث هو ولا التفات لمخالفة بكر ابن عبدالله المزني التابعي المشهور؛ إذ الإجماع قد انعقد بعده على اعتباره كما قال الحافظ ابن حجر[٢].

وفي القرآن الكريم والسنة النبوية أدلة على مشروعيته.

فمن القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿**وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾ [**البقرة**: ٢٢٩].

ومعنى الآية «أن المرأة إذا خافت أن تعصي الله في أمر زوجها لبغضها إياه، وخاف الزوج أن يعتدي عليها لا متناعها عن طاعته جاز له أن يأخذ منها الفدية إذا طلبت منه ذلك»[٣].

فالجناح مرفوع عنهما معاً، عن الزوجة بإعطائها عوضاً لزوجها إفتداءً لنفسها منه، وعن الزوج بأخذه العوض منها، فلا جناح في البذل ولا في الأخذ.

ومن السنة: ما أخرجه البخاري وغيره عن ابن عباس أن امرأة[٤] ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ، فقالت يارسول الله، ثابت بن قيس ما أعيب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال رسول الله ﷺ: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة[٥].

---

(١) ينظر المغنى ج ٧ / ٣٢٩ .

(٢) فتح الباري ج ٢٠ / ٦٢

(٣) زاد المسير ج ١ / ٢٦٥ .

(٤) هي جميلة بنت عبدالله بن أبي ابن سلول، وقيل هي حبيبة بنت سهل وعقب الحافظ ابن حجر على الخلاف في اسمها بقوله: «والذي يظهر أنهما قصتان وقعتا لامرأتين لشهرة الخبرين وصحة الطريقين واختلاف السياقين» الفتح ج ٢٠ / ٦٧ .

(٥) أخرجه البخاري في كتاب الطلاق باب الخلع وكيف الطلاق فيه.

وقد قيل: إن هذا أول خلع وقع في الإسلام[1]، وسبق ذكر أول خلع في العرب.

حكم الخلع:

ويؤخذ من الدليلين حكم الخلع، وهو الإباحة، وبها عبر بعض الفقهاء[2] وعبر بعضهم بالجواز[3].

وذهب بعض الفقهاء إلى كراهة الخلع، وهو قول ابن القصار من المالكية[4] وذكر بعض المالكية أن الخلاف في إباحته وكراهته إنما هو من حيث المعاوضة على العصمة، أما من حيث كونها طلاقاً فهو مكروه بالنظر إلى أصله[5] ؛بل حكى فيه بعض المتأخرين قولاًبالمنع كما ذكر ابن شاس[6].

ومذهب الشافعية أنه مكروه[7]،غير أنهم استثنوا من الكراهة حالة خوف ألا يقيما أحدهما أوكلاهما ما أمرا به كما استثنوا ما إذا احتاجا إليه خشية حنث يؤول إلى البينونة الكبرى[8].

وقال الشافعية: إنه قد يكون مستحباً - كالطلاق- في حالة ماإذا كانت تسيء معه عشرتها[9].

وصرح الحنابلة بكراهة الخلع مع استقامة حالة الزوجين[10].

وذهب بعض فقهاء السلف إلى تحريم الخلع إذا لم يحصل الشقاق من الزوجين معاً، ولم يحصل الخوف من حصول الشقاق في المستقبل استناداً إلى مايفهم من الشرط في قوله تعالى: ﴿ **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ...** ﴾

---

(١) أخرج البزار من حديث عمر قال: «أول مختلعة في الإسلام حبيبة بنت سهل» عن فتح الباري ج ٢٠ / ٦٧ .
(٢) شرح منتهى الإرادات ج ٥ / ٣٣٥ .
(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٢ / ٣٤٧ .
(٤) لباب اللباب لابن راشد ص ١٠٣ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢ / ٣٤٧ .
(٥) حاشية الدسوقي ج ٢ / ٣٤٧ .
(٦) عقد الجواهر الثمينة ج ٢ / ١٤٣ .
(٧) نهاية المحتاج ج ٦ / ٣٨٦ .
(٨) فتح الباري ج ٦ / ٣٩٣ .
(٩) مغني المحتاج ٦ / ٣٩٣ .
(١٠) شرح منتهى الإرادات ج ٥ / ٣٣٦ .

[البقرة: ٢٢٩]. فشرط لرفع الجناح في الخلع الخوف من عدم إقامة حدود الله، فلا يباح للرجل أخذ الفدية إلا أن يكون الخوف من عدم إقامة حدود الله منهما جميعاً «لكراهة كل واحد منهما صحبة الآخر»[١].

وقد رجح الإمام الطبري أنه: «لا يحل للرجل أخذ الفدية من امرأته على فراقه إياها حتى يكون خوف معصية الله من كل واحد منهما على نفسه في تفريطه في الواجب عليه لصاحبه منهما جميعاً... لأن الله تعالى ذكره إنما أباح للزوج أخذ الفدية من امرأته عند خوف المسلمين عليهما أن لا يقيما حدود الله»[٢] وهو اختيار ابن المنذر استدلالاً[٣].

وقال ابن حزام فيه بعد أن ساق استشهاد طاوس بقوله تعالى: ﴿**إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾ [**البقرة**: ٢٢٩]. قال: «هذا هو الحق»[٤] وحكى الحافظ ابن كثير عن طائفة كثيرة من السلف وأئمة الخلف أنهم قالوا: لا يجوز الخلع إلا أن يكون الشقاق والنشوز من جانب المرأة، واحتجوا بقوله تعالى: ﴿**وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا**﴾ [**البقرة**: ٢٢٩][٥].

لكن جمهور الفقهاء من السلف والخلف على عدم توقف إباحة الخلع على حصول الشقاق منهما معاً، ورأوا أن الآية بما فيها من اشتراط الخوف «جرت على حكم الغالب»[٦] فلا مانع عندهم من الخلع إذا اصطلح الزوجان عليه وتراضيا دون خوف أحدهما نشوز الآخر مادامت الزوجة راضية ببذل العوض طيبة به نفسها والزوج راض بأخذه.

وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة والشافعي وأكثر أهل العلم[٧]، وكأنهم

---

(١) تفسير الطبري ج ٢ / ٤٦٥ .
(٢) تفسير الطبري ج ٢ / ٤٦٥ .
(٣) أنظر الإشراف على مذاهب أهل العلم ج ١ / ١٩٣ .
(٤) المحلى ج ١٠ / ٢٤٣ .
(٥) تفسير ابن كثير ج ١ / ٤٠٢ .
(٦) فتح الباري ج ٢٠ / ٦٣ .
(٧) عيون المجالس للقاضي عبد الوهاب ج ٣ / ١١٩٣ .

نظروا إلى أن الخلع معاوضة، والمعاوضة تجوز مع الخصومة ومع التراضي، كجوازها في الحالين في البيع والإجارة وهما من المعاوضات[1] .

وقد حكى ابن هبيرة في الإفصاح اتفاق الأئمة على صحة الخلع مع استقامة حالة الزوجين[2].

بل توسعوا في الخلع فقالوا إنه قد يكون الزوج بأن يعرض العوض على زوجته لتختلع منه، فقد جاء في المدونة:"قلت: أرأيت لو لم يكن للمرأة على الزوج دين ولا مهر فقال الزوج: أخالعك على أن أعطيك مائة درهم فقبلت، أيكون هذا خلعاً، وتكون تطليقة بائنة لا يملك رجعتها؟ قال: قال مالك: نعم، تكون تطليقة بائنة لا يملك رجعتها[3].

أما ما ورد في السنة من توجيه وعيد للمرأة التي تلجئ زوجها إلى طلاقها من غير مسوغ فيما روى أصحاب السنن وصححه ابن خزيمة وابن حبان من حديث ثوبان رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة[4] .

فقد حمله بعضهم على الكراهية درءا للتعارض بين ظاهر تلك الأحاديث الذي يفيد التحريم وبين التصريح بالجواز الوارد في القرآن والسنة النبوية»[5].

وحمله بعضهم على التحريم عاضداً إياه بمفهوم قوله تعالى: ﴿ **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا** ﴾ وهو أنها لو بذلت ما بذلته من أجل انصرافها إلى غيره على وجه الفساد، كان حراماً عليها أن تفتدى منه، فمطالبتها إياه بفراقها على هذا الوجه معصية، وتلك هي سماها النبي ﷺ مختلعة منافقة[6].

وعلى هذا فالمرأة لا يحل لها دوما أن تختلع من زوجها، بل يحرم عليها بذل أي عوض في بعض الحالات كهذه الحالة- على ماذهب إليه بعض

(١) المعونة ج ٢ / ٨٧٠ .
(٢) الإفصاح ج ٢ / ١٤٤ .
(٣) المدونة ج ٢ / ٣٤٣ .
(٤) عن فتح الباري ج ٢ / ٧٢
(٥) أنظر السيل الجرار ج ٢ / ٣٦٤ .
(٦) تفسير الطبري ج ٢ / ٤٦٧ .

الفقهاء- وكحالة ما إذا ضارها لتختلع منه، فإن ذلك لا يحل لها في تلك الحالة إلا إذا لم تقدر على منعها إياه مما طلب منها على وجه الضرار(١).

فالمفهوم من الآية الكريمة ثلاثة أحوال:

أحدها: ما يكون فيه الجناح على الرجل وحده دون المرأة.

ثانيها: ما يكون فيه الجناح عليهما معا.

ثالثها: ما لا يكون فيه عليهما معا أي جناح(٢).

نعم، أجمع الفقهاء على تحريم الخلع إذا نشأ من مضارة المرأة لحملها عليه، لأن الخلع إنما شرع لتمكين المرأة من تخليص نفسها من البقاء مع من تبغضه، فإذا ضارها وأساء عشرتها ليلجئها إلى الخلع فلم تبق للخلع فائدة، وذلك مناف لقوله تعالى: ﴿**وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ**﴾ [**البقرة**: ٢٢٩](٣) ففي هذه الآية حرم الله " أن يأخذ منها شيئاً آتاها إلا بعد الخوف الذي ذكره الله(٤).

وإلجاؤها إلى الخلع عضل لها، وعضل المرأة محرم بنص القرآن في قوله تعالى: ﴿**وَلا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ**﴾ [**النساء**: ١٩](٥).

وقد صرح كثر من السلف والخلف بحرمة الخلع إن كان بعضل ومضارة فقد قال الإمام الزهري رحمه الله في الآية السابقة وهي قوله تعالى: ﴿**وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا**﴾ [**البقرة**: ٢٢٩] فإما أن يكون يضارها حتى تختلع فإن ذلك لا يصلح»(٦).

وعامة أهل العلم على هذا فقد «حظروا على الزوج أخذ شئ من مالها إلا أن يكون النشوز من قبلها(٧).

---

(١) نفسه.
(٢) تفسير الطبري ج ٢ / ٤٦٨ .
(٣) من الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.
(٤) الإشراف لابن منذر ج ١ / ١٩٣ .
(٥) من الآية ١٩ من سورة النساء.
(٦) تفسير الطبري ج ٢ / ٤٦٣ .
(٧) الاشراف ج ١ / ١٩٣ .

واستثني الحنابلة من تحريم الخلع في حالة العضل والمضارة حالة ارتكابها للزنى فأباحوا أن يعضلها ليحملها على الخلع مستدلين بالاستثناء في قوله تعالى: ﴿ وَلا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾ [**النساء**: ١٩] والاستثناء من النهي إباحة(١). وهو أحد القولين للشافعي(٢).

فإذا ضارها حتى اختلعت منه فهل يقع الخلع؟ وهل تسترد ما دفعته؟ بعض الفقهاء ذهبوا إلى أن الخلع واقع لأنه صدر منه وألزمه نفسه فلا سبيل إلى رفعه.

ومع وقوعه فللمرأة أن تسترد ما أخذه منها بالعضل والمضارة، إذا كان من الواجب عليه ألا يضارها ليضيق عليها، وإذا فعل فعليه إزالة الضرر الذي ألحقه بها، ومعلوم أن «**ما ألزم الإنسان إزالته بغير عوض لم يجز له أخذ العوض عليه**» كما قال القاضي عبدالوهاب رحمه الله(٣).

ويبدو أن هذا هو المذهب الفقهي السائد عند السلف كما يدل عليه ما حكاه ابن وهب عن مالك «في التي تفتدي من زوجها: أنه إذا علم أن زوجها أضر بها أو ضيق عليها، وأنه لها ظالم مضى عليه الطلاق، ورد عليها مالها وهذا الذي كنت أسمع، **والذي عليه الأمر عندنا**»(٤).

وقال الشافعي: وإذا أراد الرجل الاستبدال بزوجته ولم ترد هي فرقته لم يكن له أن يأخذ من مالها شيئاً بأن يستكرهها عليه، ولا أن يطلقها لتعطيه فدية منه، فإن فعل وأقر بذلك أو قامت عليه بينة رد ما أخذ منها عليها»(٥).

غير أن له أن يرتجعها - في المذهب الشافعي - إذا وقع الخلع بعد الدخول بسبب العضل «لأن الرجعة إنما تسقط بالعوض كالبيع، وقد سقط

---

(١) أنظر شرح منتهى الإرادات ج ٥ / ٣٣٦ .
(٢) المجموع شرح المهذب ج ١٨ / ١٤٥ .
(٣) المعونة ج ٢ / ٨٧٠ .
(٤) المدونة ج ٢ / ٣٤١ وانظر المعونة ج ٢ / ٨٧٠ .
(٥) الأم ج٥ / ١٧٨ وقارن بالمعونة ج٢ / ٨٧٠ .
(٦) المجموع ج ١٨ / ١٤٥ .

العوض، فتثبت الرجعة فيه»(٦).

حكمة مشروعية الخلع:

لله سبحانه في كل ما شرعه حكم بالغة، فمن حكمه في تشريع الخلع أن فيه إيجاد مخرج للمرأة، في حالة كراهيتها للبقاء مع زوجها كراهية طبيعية غير ناشئة عن سوء عشرته، فجعل الخلع بيد المرأة مقابل الطلاق الذي جعله بيد الرجل، فإذا فرك الرجل المرأة لجأ إلى الطلاق الذي جعله الله بيده، وإذا فركت المرأة الرجل لجأت إلى الخلع الذي جعله الله بيدها(١).

ومن تمام هذه الحكمة أن رجعة المرأة المختلعة لا تصح إلا بعقد جديد على الصحيح الذي عليه جمهور أهل العلم.

وقد يكون الخلع مخرجاً للزوجين معاً حين لا تطيق الزوجة البقاء مع زوجها، ولا يأمن الزوج أن يقصر فيما لها عليه من حق مجازاة لها على تقصيرها في حقه.

وإلى هذا الإشارة بقوله تعالى: ﴿**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾ [**البقرة**: ٢٢٩] فأسند عدم إقامة حدود الله إليهما معاً وفي ذلك مراعاة للطبيعة البشرية التي تسارع إلى تبادل الكره بالكره،ولا تكاد تطيق تحمل البغض من الطرف الآخر على الدوام.

وقد أشار الإمام الطبري إلى هذا المعنى بقوله: «فإن قال قائل: فإن كان الأمر على ما وصفت فالواجب أن يكون حراماً على الرجل قبول الفدية منها إذا كان النشوز منها دونه حتى يكون منه من الكراهة لها مثل الذي يكون منها له؟» قيل له: إن الأمر في ذلك بخلاف ما ظننت، وذلك أن في نشوزها عليه داعية له إلى التقصير في واجبها ومجازاتها بسوء فعلها به، وذلك هو المعنى الذي يوجب للمسلمين الخوف عليهما أن لا يقيما

(١) وقد التفت ابن راشد رحمه الله الالتفافة الدقيقة إلى الخلع أنظر بداية المجتهد ج ٢ / ٧١ .
(٢) تفسير الطبري ج ٢ / ٤٦٥ .

حدود الله...[٢].

أسباب الخلع:

للخلع أسباب تحمل الزوجة أو الزوجين عليه أهمها:

١- كراهة المرأة عشرة زوجها إما لكونه سيئ الخلق أو سيئ الخلقة، أو لكونه كبيراً أو ضعيفاً، وفي مشروعية الخلع في هذه الأحوال تمكين للمرأة من تخليص نفسها ممن تكرهه من غير عيب في خلقه ولا في دينه،ومن غير أن يكرهها هو أو يرى منها ما يدعو إلى فراقها، بل لأسباب نفسية ناتجة عن عدم قرار عينها برؤيته، كما يدل عليه قول حبيبة بنت سهل في حق زوجها ثابت بن قيس: «إني لا أعيب على ثابت في دين ولا خلق، ولكني لا أطيقه»[١].

ولم تذكر في هذه الرواية مميز عدم إطاقتها إياه، وذكرته في رواية عند الإسماعيلي والبيهقي بلفظ: «لا أطيقه بغضاً»[٢].وهو بغض ناتج عن دمامته كما ذكرته في روايات أخرى[٣].

٢-رقة دين الزوجة أو الزوج فقد يرى الزوج زوجته على فاحشة ولا يجد بينة ولا يحب أن يفضحها فيفتدي منها[٤]، وقد تراه على مثل ذلك فتفتدي منه.

٣- عدم طاعة الزوجة لزوجها، وهو ما يعبر عنه بالنشوز.

٤- حصول الشقاق منهما معا.

٥- خوفهما معاً عدم إقامة حدود الله.

وقد يكون الخلع من غير سبب موجب، بل لمجرد رغبتها في الفرقة، وهو جائز عند الجمهور إذا رضيت المرأة ببذل العوض، ورضي الزوج بأخذه وهو مكروه عند

---

(١) صحيح البخاري كتاب الطلاق باب الخلع وكيف الطلاق فيه.

(٢) فتح الباري ج ٢٠ / ٦٨ .

(٣) أنظرها في فتح الباري ج ٢٠ / ٦٨ .

(٤) أنظر السابق في الصفحة نفسها.

(٥) أنظر شرح منتهى الإدارات ج ٥ / ٣٣٦ .

بعض الفقهاء، وهو مذهب الحنابلة كما سبق، ويقع - مع كراهته- صحيحاً[٥].

أركان الخلع:

اختلف الفقهاء في عد أركان الخلع، لكنهم اتفقوا في معظمها فالمالكية جعلوا أركانه أربعة وهي:

١-الموجب، أو المطلق وهو الزوج أو من ينوب عنه.

٢- القابل أو الملتمس وهو المختلع.

٣- المعوض وهو العصمة،وعبر بعضهم بالبضع.

٤- العوض.

ويختصرون الأركان الأربعة في قولهم: العاقدان، والعوضان[١] واعتبر الشافعية الصيغة ركنا من أركان الخلع فتكون الأركان عندهم خمسة[٢] والصيغة شرط عند الحنابلة فلا يقع الخلع عندهم بمجرد بذل المال، والصيغة مثل: خلعتك والقبول مثل: رضيت[٣] واختصر الحنفية الأركان كلها في الإيجاب والقبول[٤]. كما هو دأبهم في كثير من العقود.

ويشترط في موجب الخلع أن يكون زوجاً أو من يقوم مقامه، إذ بأحد هذين الوصفين يصح الطلاق، فمن صح نكاحه وطلاقه صح خلعه بأن يكون بالغاً عاقلاً غير مكره فلا يصح خلع الصغير والمجنون.

ويشترط في القابل (أو الملتمس) من زوجة أو أجنبي: أن تكون له أهلية التصرف المالي[٥] التي من ثمارها أهلية الالتزام بالعوض في الخلع.؛ بأن يصح تصرفه فيه ولا يكون محجوراً عليه، فرشد الزوجة شرط في صحة بذلها للعوض في الخلع، وبناء على هذا الشرط لا يصح خلع الصغيرة والسفيهة لأنهما محجور عليهما، ولو أخذ منهما الزوج عوضاً على الخلع رد

---

(١) عقد الجواهر الثمينة ج ٢ / ١٤١ وما بعدها.

(٢) نهاية المحتاج ٦ / ٣٨٨ .

(٣) شرح منتهى الإرادات ج ٥ / ٣٤٢ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٤ / ١٨٩٤ .

(٥) الغاية القصوى في دراية الفتوى للبيضاوي ج ٢ / ٧٧٨ .

(٦) الشرح الكبير للدردير ج ٢ / ٣٤٨ .

عليهما ما أخذه، وكان الطلاق الناجم عن الخلع مع ذلك بائناً(٦). فإذا أجاز وليهما الخلع لزمهما عوض الخلع حينئذ.

ويشترط في المعوض أن يكون في ولاية المطلق بنكاح أو استحقاق رجعة(١). فلا يصح خلع البائنة والمختلعة والمرتدة والمنكوحة نكاحاً مجمعاً على فساده(٢). ويشترط في العوض أن يكون متمولاً(٣).

العوض في الخلع ومقداره:

العوض في الخلع قد يكون مالاً كأن ترد إليه ماكان أصدقها، أو تسقط عنه متأخر الصداق، وقد يكون حقاً من الحقوق كأن تتنازل له عن حضانة أولادها.

لكن الخلع بالتنازل عن حضانة الأولاد مشروط بعدم تضررهم بالحرمان من حضانة أمهم، ففي المدونة: " قلت: أرأيت إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن يكون الولد عند أبيهم، ويكون ذلك للأب أم لا يجوز هذا الشرط في قول مالك؟ قال: قال مالك للأب ذلك، والشرط جائز إلا أن يكون ذلك مضراً بالصبي مثل أن يكون يرضع وقد علق أمه، فيخاف عليه إن نزع منها أن يكون ذلك مضراً به فليس له ذلك(٤).

وتساهل بعض الفقهاء في العوض في الخلع فجوزوا أن يقع الخلع على عوض فيه غرر أوجهالة، كأن تخالعه على ثمر لم يبد صلاحه، أو على جنين في بطن حيوان،أو على شارد، وهو مذهب المالكية(٥).والحنابلة(٦).

ووجه استساغتهم الخلع بما فيه غرر أو جهالة:أن طبيعة الخلع ليست طبيعة المعاوضات المحضة التي يكون القصد منها التوصل إلى الأثمان بل

---

(١) السابق ج ٢ / ٧٧٩ .
(٢) أنظر عقد الجواهر الثمينة ج ٢ / ١٤١ .
(٣) أنظر روضة الطالبين ج ٥ / ٦٨٨ وما بعدها. والغاية القصوى في دراية الفتوى ج ٢ / ٧٧٩ .
(٤) المدونة ج ٢ / ٣٤٣ - ٣٤٤ ، وانظر البهجة في شرح التحفة ج ١ / ٣٤٨ .
(٥) المدونة ج ٢ / ٣٣٧ ، والمعونة ج ٢ / ٨٧٣ ، والشرح الكبير للدرير ج ٢ / ٣٤٨ .
(٦) شرح منتهى الإرادات ج ٥ / ٣٤٧ .
(٧) عقد الجواهر الثمينة ج ٢ / ١٤٣ .

المبتغى من الخلع هو"تخلص الزوجة من زوجها وملكها لنفسها[7].

وفرقوا بين الخلع وبين الصداق في جواز الغرر والجهالة في الخلع وفي عدم جوازهما في الصداق بأن الصداق حق الله وتجويز الجهالة فيه يفضي إلى خلو النكاح عنه،بخلاف الخلع[1].

ويستنتج من تفرقتهم هذه أن كل ما يصلح مهراً يصلح أن يكون عوضاً في الخلع وليس كل ما يصلح عوضاً في الخلع يصلح أن يكون مهراً[2].

ومنع الحنفية والشافعية الخلع بعوض فيه غرر، لكن إن طلقها على شئ من ذلك وقع الطلاق ويرجع عليها بمهر المثل[3]. كما هو الشأن في الصداق[4].

ونظرالإمام الشافعي رحمه الله العوض الذي يقع به الخلع بالمبيع والمستأجر فكل ما يصلح أن يكون مبيعاً أو مستأجراً جاز أن يكون عوضاً في الخلع[5]. ومعلوم أن الغرر غير جائز في المبيع والمستأجر.

ووقع الخلاف في المذهب الحنفي في بعض الصور فأجازها منهم من لم يعتبرها غرراً ومنعها من اعتبرها غرراً كما إذا اختلعت منه. بما يثمر نخلها العام " فإن أثمرت فله ذلك وإن لم تثمر شيئاً فلا شئ له في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى،ثم رجع فقال يرجع عليها بما أعطاها من المهر أثمرت أو لم تثمر ولا شيء له من الثمرة وهو قول محمد رحمه اللّه[6].

بل إن المالكية جوزوا وقوع الخلع بغير عوض إذا وقع التصريح بالخلع مع طلب الزوجة له[7].

---

(١) أنظر السابق ج ٢ / ١٤٣ .

(٢) أنظر بدائع الصنائع ج ٤ / ١٨٩٧ .

(٣) أنظر الأم ج ٥ / ١٨٣ والمجموع شرح المهذب ج ١٨ / ١٦٧ ونهاية المحتاج ج ٦ / ٣٩٢ والمبسوط ج ٦ / ١٨٦ وما بعدها.

(٤) الغاية القصوى في دراية الفتوى ج ٢ / ٧٧٩ .

(٥) الأم ج ٥ / ١٨٣ .

(٦) المبسوط ج ٦ / ١٨٧ ، وقارن بالأم ج ٥ / ١٨٣ - ١٨٤ .

(٧) عيون المجالس ج ٣ / ١٢٠٥ - ١٢٠٦ ، وانظر البهجة في شرح التحفة ج ١ / ٣٣٨ .

(٨) المعونة ج ٢ / ٨٧٤ وعقد الجواهر الثمينة ج ٢/ ١٣٨ .

هذا قول مالك، وقال أشهب يكون طلاقاً رجعياً والحالة هذه لا خلعاً[٨].

وفي المذهب الحنبلي روايتان: إحداهما: صحة الخلع بغير عوض، وهي رواية عبدالله، والأخرى: عدم صحته وهي رواية مهنا، فإذا نوى به الطلاق وقع ما نوى[١].واشترط الحنفية والشافعية العوض في الخلع، فإن عري ذكر العوض كان طلاقاً لا خلعاً[٢].

أما مقدار العوض في الخلع فالجمهور على جواز الخلع بأي مقدار يتفقان عليه، قليلاً كان أو كثيراً، كان مقدار الصداق أو أقل منه أو أكثر،كان ديناً أو عيناً أو منفعة ودليلهم: العموم الذي في قوله تعالى:"فلا جناح عليهما فيما افتدت به[٣].

ففي المدونة: «قلت هل يجوز للزوج أن يأخذ من امرأته أكثر مما أعطاها في الخلع؟ قال: قال مالك: نعم... ابن وهب: قال مالك: ولم أر أحداً ممن يقتدى به يكره أن تفتدي المرأة بأكثر من صداقها وقد قال الله تبارك وتعالى: فلا جناح عليهما فيما افتدت به»[٤].

ففي هذا النص أمران:

أحدهما: استدلال مالك بالعموم الذي في الآية.

وثانيهما: نفيه عدم علمه بمن يكره ذلك من السلف المقتدى بهم، وقد روى البخاري- تعليقاً- أن عثمان رضى الله عنه أجاز الخلع دون عقاص رأسها[٥].ومعناه أنه أجاز للرجل أن يأخذ كل شئ من المرأة سوى عقاص رأسها[٦]. واستدل الإمام الشافعي أيضاً بعموم الآية المذكورة، فقال: «ولا وقت في الفدية كانت أكثر مما أعطاها أو أقل، لأن الله عز وجل يقول:

---

(١) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ج ٢ / ١٣٩ وقارن بشرح منتهى الإدارات ج ٥ / ٣٤٣ .
(٢) عيون المجالس ج ٣ / ١٢٠٦ .
(٣) تفسير ابن كثير ج ١ / ٤٠٤ ، والمعونة ج ٢ / ٨٧٠ . وزاد المعاد ج ٥ / ١٩٣ .
(٤) المدونة ج ٢ / ٣٤٠ - ٣٤١ .
(٥) صحيح البخاري كتاب الطلاق باب الخلع وكيف الطلاق فيه.
(٦) أنظر فتح الباري ج ٢٠ / ٦٤ .
(٧) الأم ج ٥ / ١٧٩ .

"فلاجناح عليهما فيما افتدت به[٧].

ومن الفقهاء من كرهوا أن يكون مقدار العوض في الخلع أكثر من الصداق، وهو قول لبعض السلف كابن المسيب والحسن البصري، والشعبي والحكم، ونقل عن الإمام الأوزاعي قوله:"كانت القضاة عندنا لا يجيزون أن يأخذ إلا ما ساق إليها[١].

وهو مذهب الحنابلة[٢].وفي المذهب الحنفي روايتان: كراهة أخذ الفضل الزائد على ما دفع إليها من المهر،وعدم كراهته[٣].

وفي النص السابق عن الإمام مالك زيادة ذكرها بعض العلماء تفيد أن مالكا يميل إلى كراهة الخلع بأكثر من الصداق وهي قوله:"لم أر أحداً ممن يقتدي به يمنع ذلك لكنه ليس من مكارم الأخلاق[٤].

والإمام الطبري أيضاً يستحب للزوج ألا يأخذ في الخلع جميع صداقها فقد صرح باستحباب مفارقة المرأة بغير فدية قائلا: «غير أني أختار للرجل استحباباً لا تحتيماً إذا تبين من امرأته أن افتداءها منه لغير معصية الله،بل خوفاً منها على دينها: أن يفارقها بغير فدية ولا جعل،فإن شحت نفسه بذلك فلا يبلغ بما يأخذ منها جميع ما آتاها»[٥].

وهي وجهة أخلاقية لحظ الإمام الطبري فيها أن المرأة إذا لم ترد البقاء مع زوجها فمن مكارم أخلاقه أن يفارقها بغير خلع،لكن قد يحدث أن يرى الزوج ألا قدرة له على التنازل عن كل ماقدم إلى امرأته إما لكثرته وإما لحاجة عنده، فإذا أخذ فليترك لها ما يتناسب مع مكارم الأخلاق.

هل الخلع طلاق أو فسخ؟

هذه من القضايا التي حصل فيها خلاف بين الفقهاء في مختلف

---

(١) الإشراف لابن المنذر ج ١ / ١٩٥ . وزاد المعاد ج ٥ / ١٩٥

(٢) شرح المنتهى الإرادات ج ٥ / ٣٤٤ .

(٣) درر الحكام شرح غرر الأحكام ج ١ / ٣٩٠ .

(٤) فتح الباري ج ٢٠ / ٦٥ .

(٥) تفسير الطبري ج ٢ / ٤٧٢ .

المذاهب ،فذهب المالكية إلى أن الخلع طلاق، وضمنوا هذا المذهب تعريفهم للخلع بأنه: «الطلاق بعوض» والطلاق في الخلع كما سبق طلاق بائن لايسمح للزوج بارتجاع زوجته المختلعة، لأنها لم تلجأ إلى الخلع وبذل العوض إلا لتخليص نفسها من العيش معه وذلك لا يتم مع الرجعة وإنما يتم مع البينونة. ولا فرق عندهم بين ما إذا لفظ بالطلاق أو بالخلع دون الطلاق[1] فهو طلاق في كلتا الحالتين.

وهذا مذهب الحنفية أيضاً، وهم يسوون بين الخلع وبين الطلاق على مال في حصول البينونة كالمالكية، لكنهم يفرقون بينهما في حالة ما إذا كان العوض باطلاً ففي الخلع يكون الطلاق بائناً ولو كان العوض فيه باطلاً بأن وقع بما ليس بمال متقوم، وإنما كان بائناً لأن الخلع كناية وهي مبينة عند الحنفية، أما الطلاق على مال فيكون بائناً إذا كان العوض صحيحاً،ورجعياً إذا كان العوض باطلا[2].

وفي المذهب الشافعي قولان: قول بأنه طلاق،ووصفه القاضي عبدالوهاب المالكي بأنه الأصح[3].وقول بأنه فسخ، قال الرملي: «واختاره كثير من أصحابنا المتقدمين والمتأخرين، وأفتى به البلقيني متكرراً»[4].

وفي المذهب الحنبلي أيضاً روايتان: إحداهما أنه طلاق، وذكروا أن رواته قليلون، والأخرى: أنه فسخ وذكروا أن رواته كثيرون[5]. وقد نقل ابن منصور وغيره عن الإمام أحمد أن الخلع فراق وليس بطلاق، ونقل عنه عبدالله جوابه عن مسألة ما «إذا خالعها فتزوج بها تكون عنده على اثنين،فظاهر هذا أنه طلاق[6]. وقد وجه أبو يعلى رواية كون الخلع طلاقاً

---

(١) عيون المجالس ج ٣ / ١١٩٥ .

(٢) درر الحكام شرح غرر الأحكام لملا خسرو ج ١ / ٣٩٠ ، وبدائع الصنائع ج ٤ / ١٩٠٩ .

(٣) عيون المجالس ج ٣ / ١١٩٦ .

(٤) نهاية المحتاج ج ٦ / ٣٩٧ .

(٥) العبارة التي نقلها أبو يعلى عن أبي بكر :" في الخلع روايتان إحداهما: أنه طلاق وما أقل رواته! والثاني: فسخ وما أكثر من روى عنه! المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ج ٢ / ١٣٦ .

(٦) المسائل الفقهية ج ٢ / ١٣٦ .

(٧) المسائل الفقهية ج ٢ / ١٣٦ .

بأنها متعلقة بسبب من الزوج تختص النكاح فوجب أن يكون طلاقاً»[٧].

ووجه رواية كون الخلع فسخاً بأن «الخلع نوع فرقة، ولا تختص بوقت دون وقت فوجب أن يكون فسخاً، وبأن الخلع لا تثبت به رجعة بحال» فوجب أن يكون فسخاً[١].

وبهذا يتضح أن كون الخلع طلاقاً هو الأشهر والأكثر حتى إن المذاهب التي ترى أنه فسخ لم يتمحض رأيها في ذلك،بل فيها رأيان أو روايتان، إحداهما أن الخلع طلاق.

وقد نافح المالكية عن كون الخلع طلاقاً بأدلة نصية واجتهادية. أما الدليل النصي فقصة حبيبة بنت سهل التي اختلعت من زوجها ثابت بن قيس فأمره النبي ﷺ أن يطلقها....

وأما الأدلة الاجتهادية فمنها:

أن القول بكون الخلع فسخاً لا ينسجم مع قاعدة الفسخ وهي أن الفسخ لا يكون إلا فيما غلب عليه الزوجان كأن يرتد أحدهما أو يملك صاحبه،أو يظهر أنه أخوها من النسب أو الرضاع، والخلع ليس مما يغلب عليه الزوجان، بل الأصل فيه أن يتم بالتراضي.

ومنها:أن كل فرقة يجوز فيها للزوجين الثبوت على النكاح مع الحال الموجبة لها فإنها طلاق لا فسخ اعتباراً بفرقة العنين والمولي والمعسر بالنفقة.

ومنها: أن الزوج يأخذ العوض عما يملكه، والذي يملكه هو طلاق دون الفسخ إذ الفسخ يحتاج إلى فاسخ وهو الحاكم وليس الزوج،لأنه لو قال: قد فسخت النكاح لم ينفسخ إذا لم يرد الطلاق[٢].

أما القائلون بأن الخلع فسخ،وهو قول صح عن ابن عباس[٣]. فأقوى

---

(١) السابق ج ٢ / ١٣٦ ،وقارن بشرح منتهى الإرادات ج ٥ / ٣٤٠ -٣٤١ .

(٢) المعونة ج ٢ / ٨٧٠ - ٨٧١ وتهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك للفند لا وي ج ٤ / ١٣٤ - ١٣٥ .

(٣) فتح الباري ج ٢٠ / ٦٣ .

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب الطلاق باب في الخلع ، وقال عنه الترمذي: حسن غريب.

أدلتهم ماورد في قصة امرأة ثابت عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي ﷺ جعل عدتها حيضة[٤]. ولو كان طلاقاً لجعل عدتها ثلاث حيض لا حيضة واحدة.

وقد وصف الإمام الخطابي في معالم السنن هذا الحديث بأنه «أدل شيء على أن الخلع فسخ وليس بطلاق، لأن الله تعالى قال: ﴿ **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ** ﴾[**البقرة**: ٢٢٨]. فلوكانت هذه مطلقة لم يقتصر لها على قرء واحد[١].

وجمع الإمام الشوكاني بين كون الخلع طلاقاً وهو المرجح عنده تبعاً للجمهور، وبين كون العدة فيه حيضة واحدة على غير المعتاد في عدة الطلاق بأن الوارد في عدة الطلاق الواقع في الخلع مخصص لما ورد في عدة المطلقة[٢].

وسبب الخلاف في طبيعة الخلع هل هو طلاق أو فسخ هو: اقتران العوض بالفرقة الحاصلة بالخلع، فمن رأى أن اقتران العوض بفرقة الخلع لا يخرجها من إطار الفرقة التي تكون في الطلاق قال: إن الخلع طلاق ومن رأى أن اقتران العوض بتلك الفرقة يخرجها من إطار فرقة الطلاق إلى فرقة الفسخ قال: إن الخلع فسخ وليس بطلاق.

ثمرة الخلاف:

وثمرة الخلاف في كون الخلع طلاقاً أو فسخاً: أن الرجل إذا خالع امرأته ثم تزوجها تعود إليه بطلاقين عند القائلين بكون الخلع طلاقاً، وتعود إليه بثلاث تطليقات عند القائلين بكون الخلع فسخاً.

فإذا طلقها بعد عودتها إليه من خلع تطليقتين حرمت عليه حرمة غليظة عند القائلين بكون الخلع طلاقاً،ولا تحرم عليه إلا بثلاث عند القائلين بكونه فسخاً[٣].فإذا خالعها ثم عقد عليها ثانية، ثم خالعها ثانية، ثم عقد عليها

---

(١) عن عون المعبود ج ٦ / ٣١١ نقلا عن معالم السنن ونقله عنه الحافظ ابن حجر في فتح الباري ج ٧١/٢٠.
(٢) السيل الجرار للشوكاني ج ٢ / ٣٦٩ .
(٣) أنظر بدائع الصنائع ج ٤ / ١٨٩١ .

ثالثة، ثم خالعها ثالثة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره على القول بأن الخلع طلاق، وأما القول بأن الخلع فسخ فيحل له أن يعقد عليها مرة أخرى بعد مخالعتها ثلاثاً دون أن يتوقف الحل على نكاحها زوجاً غيره[١].

ومؤدى هذا أن الطلاق ينقص به عدد الطلقات،والفسخ لا ينقص به عددها ولو خالعها مرات[٢].

---

(١) عمدة القاري للعيني ج ١٧ / ٤٢ .

(٢) أنظر المغني لابن قدامة ج ٧ / ٣٢٩ ، والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ج ٢ / ٣٧٥ .

المبحث الثاني
كيفية تطبيق الخلع في بعض المحاكم المغربية

ورد في مدونة الأسرة الجديدة الصادر في ١٢ ذي الحجة ١٤٢٤هـ - ٣فبراير ٢٠٠٤ والتي شُرِعَ في تنفيذ مقتضياتها حديثاً.

القسم الخامس: الطلاق بالاتفاق أو بالخلع:

وخصصت مادة واحدة للطلاق بالاتفاق الذي أوردته تحت الباب الرابع وهي المادة ١١٤وخصصت سبع مواد للطلاق بالخلع من المادة ١١٥إلى المادة ١٢١ وهي المواد التي يتكون منها الباب الخامس.

ويوحي صنيع المدونة أنها جعلت الطلاق بالاتفاق قسيماً للطلاق بالخلع كما ينبئ به عطف الطلاق بالخلع بحرف «أو» الذي يفيد التقسيم، على الطلاق بالاتفاق، وتخصيص باب مستقل لكل واحد منهما.

وهو صنيع لم يلبث أن شوش عليه التنظير بين الطلاق بالاتفاق وبين الطلاق بالخلع لأن المادة ١١٥الواردة في الطلاق بالخلع أحالت على المادة ١١٤ الواردة في الطلاق بالاتفاق،مما ينبئ بوجود شبه قوي بين النوعين من الطلاق ويشتد ذلك الشبه حتى تتلاشى الفروق بينهما ويصبحا نوعاً واحداً، وهو ما يجعل العطف المذكور في العنوان قليل الفائدة أو عديمها!!

ونص المادة ١١٤يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال.

عند وقوع هذا الاتفاق يبلغان مضمونه للمحكمة التي تحاول الإصلاح

بينهما ما أمكن، فإذا تعذر الإصلاح أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه.

ونص المادة ١١٥للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقاً لأحكام المادة ١١٤ أعلاه.

فهل الطلاق بالاتفاق طلاق بالخلع؟ كما يفهم من الربط بين المادتين؟ وإذا كان كذلك فلم لا يستغنى بالخلع عن الطلاق بالاتفاق،لاسيما والمادة ١١٥الواردة في الخلع نصت صراحة على أن للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع،والمادة ١١٤الواردة في الطلاق بالاتفاق نصت صراحة على أن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية.فما الفرق بين التراضي والاتفاق؟

على أن مصطلح «الطلاق بالاتفاق» غير شائع في مصادر تراثنا الفقهي والشائع فيها هو الحديث عن التراضي بين الزوجين في باب الخلع لكن تحت مصطلح «الخلع» لاغير ولم يفرق الفقهاء في وقوع الخلع بين ما إذا كان ناجماً عن خصومة بينهما أو عن تراض،فيكون الطلاق بالاتفاق في اصطلاح مدونة الأسرة هو الخلع في إحدى حالتيه، أما أن يكون الطلاق بالاتفاق نوعاً آخر غير الخلع فهذا ما لا يجد له مسوغاً في المصادر الفقهية، إذ الطلاق من حيث هو إما أن يكون بالاتفاق بحيث يرغب فيه الزوجان معاً، وإما أن يكون برغبة الزوج، ولافرق بين الحالين من حيث الآثار، اللهم إلا من حيث إن الطلاق الذي يرغب فيه الزوج ولا ترغب فيه الزوجة قد تسبقه محاولات للإصلاح بينهما استنادا إلى قوله عز وجل: ﴿ **وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً** ﴾ [**النساء**: ١٢٨].

وهو فرق - إن سميناه كذلك تجوز - لا يستدعي تخصيص مصطلح «الطلاق بالاتفاق» بحديث ليس فيه حكم جديد.

على أن هذا الفرق لا تعتبره المدونة إذ لم تغيب الإصلاح بين الزوجين المتفقين على الطلاق، فإذا كان الطلاق من غير اتفاق لايتم إلا بعد محاولات الإصلاح،فما الجديد الذي أضافه الطلاق بالاتفاق مع التنصيص على أن المحكمة لا تأذن به إلا بعد تعذر الإصلاح؟ مع أن الأقرب فيه ألا يحتاج إلى

إصلاح، لأن الإصلاح لا يأتي إلا بعد نشوز أو شقاق، والطلاق الاتفاقي كما ينبئ عنه اسمه لا نشوز فيه ولا شقاق، وإنما يكون بتراض واتفاق من الزوجين معاً مع احتمال وجود الشقاق والنشوز سابقاً وعدم احتماله.

وإذا تحقق اتفاقهما وتراضيهما ضعف معنى محاولة الإصلاح بينهما والفقهاء لم يتحدثوا عن الإصلاح في حالة التراضي في الخلع دون سبب ظاهر، وانما ناقش بعضهم إباحة الخلع في غير حالة الشقاق، والجمهور على إباحته في حالة الشقاق وفي حالة التراضي معا - كما سبق في المبحث الأول.

ومن هنا قد يكون الأجدى أن تفرق المدونة بين الطلاق الاتفاقي وبين الخلع في حالة الشقاق بعدم الحاجة إلى الإصلاح في الطلاق الاتفاقي فتأذن المحكمة به دون محاولة إصلاح، وبالحاجة إلى إصلاح في حالة الشقاق فلا تأذن به المحكمة إلا بعد تعذرالإصلاح، وهو فرق لا يستدعي تخصيص باب للطلاق الاتفاقي، وهو فرق يتلاشى إذاعلمنا أن محاولات الإصلاح مشروعة في حال الطلاق الاتفاقي أيضاً، إذ قد يتفق الزوجان على الطلاق تحت تأثير نزوة، أو ذهول عن المعاني السامية للزواج، ولذلك شرع في الطلاق الرجعي أيضاً، وقد نصت عليه المادة ٨١ من المدونة.

ومما يذيب الفوارق بين الطلاق الاتفاقي وبين الخلع أن الطلاق بالاتفاق طلاق بائن حسبما جاء في المادة ١٢٣ من المدونة الأسرة:" كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء والطلاق بالاتفاق والخلع والمملك.

وبعد ذوبان الفوارق بين الطلاقين يجدر التنبية على أن الطلاق بالاتفاق مصطلح جديد في المدونة الجديدة لم يرد له ذكر في أنواع الطلاق البائن في مدونة الأحوال الشخصية القديمة الصادرة ٢٢ محرم ١٣٧٧هـ ق ١٩ غشت ١٩٥٧م، ولا في المدونة المعدلة بظهير ٢٢ ربيع الأول ١٤١٤هـ (١٠سبتمبر١٩٩٣) وهو الفرق الوحيد بين المادة ٦٧ من المدونة القديمة

والمعدل وبين المادة ١٢٣ من المدونة الجديدة.

ويبدو أن مصطلح الطلاق الاتفاقي قد تسرب إلى مدونة الأسرة من القانون الفرنسي، الذي نص على هذا النوع مع نوعين آخرين فقد جعلت المادة ٢٢٩ من ذلك القانون التطليق[١] أنواعاً ثلاثة وهي:

- التطليق الاتفاقي: Le divorce consentement mutuel
- التطليق لتوقف الحياة المشتركة بين الزوجين بأن ينفصل أحدهما عن الآخر: Le divorcepour repture de la vie commune
- التطليق بالخطأ يرتكبه أحد الزوجين: Le divorce par faute

ونصت المادة ٢٣٠ على أن للزوجين أن يتقدما بطلب جماعي للحصول على التطليق الاتفاقي، على ألا يسمح بطلبه خلال الستة الأشهر الأولى من الزواج[٢].

وأحسب أن مدونة الأسرة كانت في غنى عن الاقتباس من هذا القانون لسببين بارزين:

أحدهما: أن الفقهاء المسلمين بينوا كل أنواع الطلاق في مؤلفاتهم استناداً إلى النصوص الشرعية، ولم يخصصوا هذا النوع بالكلام على أنه نوع مستقل من أنواع الطلاق تترتب عليه أحكام تخالف أحكام الأنواع الأخرى.

وثانيهما: أنه لم يأت بشئ جديد يذكر، وإنما يسبب لبسا على الزوجين وعلى العدول وعلى القضاة وعلى المحامين، وهذا السبب هو الذي حمل بعض العدول وبعض القضاة على عنونته بالطلاق الاتفاقي الخلعي، أو

١- النص الفرنسي عبر بالتطليق لا بالطلاق إيماء إلى أن الطلاق لا يكون من قبل الزوج بل من قبل المحكمة فهي التي تطلق بعد اتفاق الزوجين.

- art :230: lorsque les époux demandent ensemble le divorce,ils n,ont pas a, en faire connaitre la cause, ils doivent seulement soumettre á l'approbation du juge un projet de convention qui en règle les conséquences. la demande peut etre présentée soit par les avocats respectifs des parties, soit par un avocat choisi d'un commun accord.

(2) Le divorce par consentement mutuel ne peut etre demandé au cours des six premiers mois de mariage.

بالطلاق الخلعي الاتفاقي، وكأنهم رأوا مضمونه طلاقاً خلعياً، وصياغته طلاقاً اتفاقياً بدليل أن المدونة جعلته بائنا كما سبق.

على أن هذا النوع من الطلاق لم تعرفه فرنسا نفسها إلا في وقت متأخر إبان الثورة الفرنسية المتمردة على الكنيسة التي لا تسمح بهذا النوع من الطلاق(١) ثم ضمن فيما بعد في القانون المدني الصادر ١١ يوليو ١٩٧٥ في المواد من ٢٣٠إلى ٢٣٦.

وإذا تجاوزنا مناقشة الصياغة إلى مناقشة التطبيق ودرسنا حالات الطلاق الاتفاقي كما هو مطبق في بعض المحاكم المغربية، فسنجد بعض الاضطرابات في كيفية تطبيق الطلاق الاتفاقي من جهة وسنجد - من جهة أخرى- تشابهاً كبيراً بين صور الطلاق الاتفاقي وبين صور الطلاق الخلعي إلى حد صعب معه على القضاة والعدول التمييز بينهما وقد رأيت نماذج من عقود الطلاق معنونة بعنوان: الطلاق الخلعي الاتفاقي مما يذيب الفوارق بينهما، ويجعل التنصيص على الطلاق الاتفاقي في المدونة الجديدة غير آت بجديد ما دامت كل صوره داخلة في الخلع.

---

(١) أنظر الأسرة في فرنسا للدكتور محمد الشافعي- المطبعة الوطنية مراكش الطبعة الأولى ٢٠٠١ ص : ٢٨٧ وما بعدها.

وإليك خلاصة المواد من ٢٣٠ إلى ٢٣٦ من القانون المدني الفرنسي : خلاصة المادة ٢٣٠: حينما يتفق الزوجان على الطلاق ليس لهما أن يعرفا بالسبب ويجب عليهما فقط أن يقدما للقاضي مشروع الاتفاق الذي يقنن توابع الطلاق لقبوله الطلب يقدم من طرف محامي كل طرف من الزوجين أو من طرف محام مشترك بينهما بعد اتفاقهما هذا الطلاق بالتراضي من طرف الزوجين لا يمكن أن يقع إلا بعد مضي ٦ أشهر على الأقل من الزواج خلاصة المادة ٢٣١: القاضي يناقش الطلب مع كل من الزوجين على انفراد أولا ثم يجتمع بكليهما وبعد ذلك ينادي على المحامين أو المحامي المشترك إذا ما ألح الزوجان على الطلاق يطلب منهما القاضي بأن يتقدما بطلب آخر في أجل ٣ أشهر للتفكير . وعند تجديد الطلب بعد ٦ أشهر يعتبر الطلب الأول لاغيا.

خلاصة المادة ٢٣٢: عند تحقيق القاضي بإرادة الزوجين وقناعتهما بالطلاق يحكم لهما بذلك ويؤيد الاتفاق الذي يقنن توابع الطلاق ويمكن له أن يرفض الطلاق إذا تبين له أن هناك جورا بالنسبة للأبناء أو لأحد الزوجين.

خلاصة المادة ٢٣٣: يمكن لأحد الزوجين أن يطلب الطلاق لوحده مع تبيان جملة من الأضرار الصادرة من الزوج الآخر تجعل الحياة الزوجية لا تطاق.

خلاصة المادة ٢٣٤: إذا اعترف الطرف الآخر بما نسب إليه من أضرار فإن القاضي يحكم لهما بالطلاق للضرر المتبادل .

خلاصة المادة ٢٣٥: إذا لم يعترف الطرف الآخر بما نسب إليه فإن القاضي لا يحكم بالطلاق.

خلاصة المادة ٢٣٦: إن تصريحات الزوجين في هذا المجال لا يمكن لها أن تؤخذ كحجة في أي مجال قضائي آخر.

ففي أحد تطبيقات الطلاق الاتفاقي صدر في إحدى المحاكم المغربية في المرحلة الممتدة من شهر مارس إلى شهر يوليو من سنة ٢٠٠٤ إذن بالطلاق خلاصته: اتفاق الزوجين على إنهاء العلاقة الزوجية بينهما بالطلاق الاتفاقي حيث اتفقا على أن تتنازل الزوجة عن جميع حقوقها المترتبة عن الطلاق مقابل فك عصمتها منه طلاقاً اتفاقياً أول. وصدر إذن آخر خلاصته: تنازل الزوجة عن كافة حقوقها مقابل تسلمها مبلغ ١٢,٥٠٠ درهم بطلقة اتفاقية ثانية. فتنازل الزوجة عن جميع حقوقها في المثالين يدخلهما في دائرة الطلاق الخلعي.

ولكن هناك أمراً يجب التحذير منه وهو أن الطلاق الاتفاقي قد يتوهم أنه رجعي، وليس كذلك، بل هو بائن فإذا اتفقا على الطلاق الاتفاقي الأول كان بائناً، فإذا عقد عليها ثانية كما هو الشأن في الخلع فلهما بعد ذلك اللجوء إلى الطلاق الاتفاقي الثاني، وقد سبقت الإشارة إلى المادة ١٢٣ التي نصت على أن الطلاق الاتفاقي طلاق بائن، وعليه يجب فهم عبارة: طلاق اتفاق أول، وعبارة «الطلاق الاتفاقي الثاني» الواردة في المثالين السابقين وإن كان يجب على العدول الذين يحررون وثائق الطلاق أن يزيلوا هذا اللبس في صياغة وثيقة الطلاق الاتفاقي بأن يقولوا: الطلاق الاتفاقي الأول البائن،والطلاق الاتفاقي الثاني البائن ولكن التشويش حاصل بهذا المصطلح من أصله، فكان اللازم عدم إيراده كما أن مضمونه لا يخرج عن الخلع.

وصدر إذن آخر بالطلاق الاتفاقي خلاصة وثيقته: تنازل الزوجة عن جميع حقوقها مقابل تسلمها كذا وكذا درهماً شهرياً مالم تتزوج، ونفقة طفلها محددة في مبلغ كذا وكذا والضمان الاجتماعي للطفل محدد بمبلغ كذا وكذا بالإضافة إلى كالئ صداقها، وواجب متعتها يدفعان للزوجة على شكل دفعات!!

والسؤال المطروح في هذا المثال: ماهي الحقوق التي تنازلت الزوجة عن جميعها؟ مع التنصيص على هذه المبالغ، فهي لم تتنازل عن أجرة سكناها في العدة ولا عن نفقة ابنها، ولا عن كالئ الصداق ولا عن المتعة!

وهناك أمثلة أخرى من هذا القبيل التي تم التصريح فيها بالتنازل عن الحقوق مع تحديد المقابل في المستحقات!

وقد حددت المدونة في المادة ٨٤ مستحقات الزوجة بالصداق المؤخر ونفقة العدة، والمتعة والسكن مدة العدة.

ولعل فائدة الطلاق الاتفاقي من الناحية الإجرائية: أن التعويضات المتفق عليها بين الزوجين تيسر مسطرة الطلاق وتنهي العلاقة الزوجية في أقرب وقت، أما الخلع فقد تطول مسطرته في حالة ما إذا اختلف الزوجان في مقدار العوض، أو في مقدار التنازلات على ما يفهم من المادة ١٢٠ التي جاء فيها: «إذا اتفق الزوجان على مبدإ الخلع واختلفا في المقابل رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله مراعية في ذلك مبلغ الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع والحالة المادية للزوجة».

وفي الطلاق الاتفاقي لا حاجة لكل هذه التقديدات طالما أن الزوجين متفقان على المبالغ المدفوعة، فينتج عن ذلك تمكن كل من الزوجين من الانفصال عن الآخر بسهولة لا سيما في الحالات التي تكون فيها لأحدهما التزامات مهنية، أو التي يبعد فيها مكان إقامة أحدهما أو التي يحتدم فيها الصراع بين عائلتي الزوجين، فيرغبان في الانفصال قبل تفاقم الأوضاع.

ويبدو أن الطلاق الاتفاقي رغم حداثة عهده، ورغم الغموض الذي في مضمونه قد عرف رواجاً سريعاً بين الأزواج، فخلال المدة من تاسع فبراير إلى نهاية شهر سبتمر من سنة ٢٠٠٤ كان عدد حالات الطلاق الاتفاقي المرفوعة إلى إحدى المحاكم المغربية التي سبقت الإشارة إليها ١٠٠ حالة، تم التراجع فيها عن عشر حالات، ونفذ الطلاق الاتفاقي في تسعين حالة، إلى جانب الطلاق الخلعي الذي نفذ فيه ٢٥٠ حالة في المدة نفسها، وفي المحكمة نفسها، لكن مع ملاحظة أن كثيراً من الأزواج لا يميزون الطلاق الاتفاقي عن الطلاق الخلعي، وإنما الكتاب العموميون أحياناً والعدول والقضاة أحياناً هم

الذين يعتبرون عما يدلي به الزوجان بالطلاق الاتفاقي، أو الطلاق الخلعي أو بالمزج بينهما بأن يعبروا بالطلاق الاتفاقي الخلعي.

الطلاق الخلعي: تحدثت مدونة الأسرة عن الطلاق الخلعي في سبع مواد من المادة ١١٥ إلى المادة ١٢١.

المادة ١١٥: للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع لأحكام المادة١١٤.

المادة ١١٦: تخالع الرشيدة عن نفسها، والتي دون سن الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق، ولا تلزم ببذل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي.

المادة ١١٧: للزوجة استرجاع ما خالعت به، إذا أثبتت أن خلعها كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج بها، وينفذ الطلاق في جميع الأحوال.

المادة ١١٨: كل ماصح الالتزام به شرعاً، صلح أن يكون بدلاً في الخلع، دون تعسف ولا مغالاة.

المادة ١١٩: لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة.

المادة١٢٠: إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله مراعية في ذلك مبلغ الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة.

إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق.

المادة ١٢١: في حالة عرض النزاع بين الزوجين على القضاء، وتعذر المساكنة بينهما، للمحكمة أن تتخذ التدابير المؤقتة التي تراها مناسبة للزوجة والأطفال تلقائياً أو بناءً على طلب، وذلك في انتظار صدور الحكم في الموضوع، بما فيها اختيار السكن مع أحد أقاربها، أو أقارب الزوج، وتنفذ تلك التدابير فوراً على الأصل عن طريق النيابة العامة.

وتطبيق مضمون هذه المواد كما هو معمول به في المحاكم المغربية يبرز أنها مواد ينسجم معظمها مع ماهو مقرر في الفقه الإسلامي، وقد تشير طريقة تطبيقها بعض الصعوبات، وبعض التجاوزات التي لا تتلاءم ومقاصد التشريع الإسلامي.

ففي نماذج من تطبيقات الخلع في إحدى المحاكم المغربية صدر تطبيق له بتنازل المرأة عن جميع الحقوق مع كالئ صداقها ولا أولاد بينهما.

وصدر تطبيق آخر بتنازل المرأة عن جميع الحقوق مع قيامها بحضانة ابنها والنفقة عليه، ولوالده حق زيارته يوم الأحد.

وصدر تطبيق آخر بتنازل المرأة عن جميع الحقوق مقابل تسلمها مبلغاً من المال وضعه المطلق في صندوق المحكمة، ولا أولاد بينهما.

وصدر تطبيقان آخران بتنازل المرأة عن حقوقها للحصول على طلاق خلعي ثان.

ويستنتج من دراسة حالات الطلاق الخلعي المطبق في المدة من شهر مارس إلى شهر يوليو ٢٠٠٤ في إحدى المحاكم المشار إليها آنفا ما يأتي:

١- الحقوق المتنازل عنها هي: واجب المتعة،ونفقة العدة والسكنى، وكالئ الصداق غالباً، بالإضافة إلى بعض الدعاوى المرفوعة أمام المحكمة، كدعوى المطالبة بالنفقة، وكدعوى الغيبة وما يترتب عنها.

٢- جل حالات الطلاق الخلعي: طلقة خليعة أولى مما يجعل احتمال عودتهما إلى الزوجية من جديد بعقد جديد،وعدم احتمالها أمرين واردين.

وفي بعض تلك الحالات: طلقة خلعية ثانية مما يبين أن العودة إلى الزوجية واردة بعد اللجوء إلى الخلع.

وفي حالات نادرة: طلقة خلعية ثالثة مما يقرب الطلاق الخلعي من الطلاق الرجعي من حيث أن الطلاق الخلعي قد يعود بعده الزوجان إلى الحالة الزوجية بعد عقد نكاح جديد أكثر من مرة، وكان المناسب أن يكون

لجوءهما في حالة توقع عودتهما إلى الحياة الزوجية إلى الطلاق الرجعي لا إلى الطلاق الخلعي.

فهل السبب في ذلك هو تعقيد مسطرة الطلاق الرجعي، والتبسيط النسبي لمسطرة الطلاق الخلعي؟

هذا هو الذي يبدو،ويؤيده ما يلحظ من تقلص عدد حالات الطلاق الرجعي بالمقارنة مع حالات الطلاق الخلعي، ففي المرحلة الممتدة من ٩ فبراير إلى ٣٠سبتمبر ٢٠٠٤ كان عدد حالات الطلاق الخلعي المطبقة في إحدى المحاكم المشار إليها ٣٥٠حالة نفذ منها ٢٥٠حالة، بينما عدد حالات الطلاق الرجعي الصادرة من المحكمة نفسها لم يتجاوز ١٦ حالة نفذ منها ١٤ حالة.

٢- جل حالات الطلاق الخلعي تتنازل فيها الزوجة عن جميع حقوقها دون مقابل،نادراً ماتطالب بتعويضات، وهذا هو المناسب للخلع في أصله، على عكس الطلاق الاتفاقي الذي لوحظ في جل حالاته- كماسبق- أن المرأة تأخذ مقابلاً فيه.

٣- جل حالات الطلاق الخلعي لم تستلم فيه الزوجة كالئ صداقها واستلمته في بعضها.

٤- نادراً ما تتنازل الزوجة عن حضانة أولادها ونفقتهم.

٥- قد تتنازل الزوجة عن نفقة الأولاد إن كانت عاملة، وقد تشترط لإنفاقها على الأولاد إعسار الزوجة على أن يعود إليه عبء النفقة وقتما أيسر.

٦- تتراوح نفقة الابن أو البنت بين ٣٠٠ و٤٠٠ درهم في الغالب وتتراوح أجرة السكن للابن الواحد أو البنت الواحدة بين ١٠٠و١٥٠ درهما في الغالب.

٧- في بعض الحالات تم الاتفاق على بقاء الابن في حضانة أبيه، وعلى بقاء البنت في حضانة أمها، مقابل نفقتها وأجرة حضانتها وسكناها.

٨- في حالات نادرة سكنت الزوجة المختلعة مع أولادها في بيت

الزوجية. وإذا قارنا من الناحية الإجرائية والموضوعية بين ما يطبق في الخلع في المدونة الجديدة،وبين ماكان يطبق في المدونة القديمة فسنلحظ ما يأتي:

١- في المدونة الجديدة يكون الإذن بتوثيق الطلاق الخلعي حكماً صادراً عن هيئة قضائية تتكون من رئيس وعضوين وكاتب للضبط، بينما كان الإذن في المدونة القديمة يصدره قاض واحد، وهذا ما يعزز التوجه نحو القضاء الجماعي، والتخلي عن القضاء الفردي.

٢- زيادات في مقادير التفقات بمقدار الضعف.

٣- تحديد أجرة حضانة وسكنى الأولاد،أما في ظل المدونة القديمة فغالباً ما يحدد القاضي نفقة الأولاد دون أجرة الحضانة والسكن.

٤- إحداث الطلاق الاتفاقي إلى جانب الطلاق الخلعي، أما في المدونة القديمة فلا وجود للطلاق الاتفاقي، وقد سلف آنفاً ما يثيره من إشكالات.

٥- الطلاق الخلعي الصادر عن المحكمة لا يقبل أي طعن طبقاً للمادة ١٢٨ التي جاء في فقرتها الأولى:" المقررات القضائية الصادرة بالتطليق أو الخلع... تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية.

٦- كثيراً ماتلجأ الزوجة في حالات الخلع إلى مسطرة الشقاق تطبيقاً لمقتضى المادة ١٢٠ التي جاء في فقرتها الأخيرة: «إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق».

ومن الناحية العملية فإن بعض المحامين يشيرون على الزوجات اللواتي يرغبن في الخلع باللجوء إلى مسطرة الشقاق التي تكون غالباً في مصلحتهن وقد يتضرر منها الأزواج تضرراً بالغاً.

ومما يوضح تكاثر حالات اللجوء إلى مسطرة الشقاق أن عدد حالات اللجوء إليها في المرحلة الممتدة من ٩ فبراير إلى ٣٠ سبتمبر ٢٠٠٤ بلغت في إحدى المحاكم المشار إليها آنفا ٣٠٠ حالة نفذ منها ١٢٠ حالة وهو عدد يفوق

عدد حالات الطلاق الاتفاقي في المرحلة نفسها، ويفوق أضعافاً مضاعفة عدد حالات الطلاق الرجعي التي لم تتجاوز ١٦ حالة! ومسطرة الشقاق منصوص عليها في المواد من ٩٤ إلى ٩٧ وهي من جديد ما أتت به المدونة الجديدة.

وخلاصة المواد الأربع[١]: أن أحد الزوجين أو كليهما إذا طلبا من المحكمة حل النزاع بينهما وجب على المحكمة القيام بمحاولات الإصلاح بينهما فإذا تعذر الإصلاح حكمت بالتطليق مع جميع المستحقات التي للزوجة على أن لا يتعدى الفصل في دعوى الشقاق ستة أشهر.

والملحوظ من الناحية التطبيقية لمسطرة الشقاق هذه مايأتي:

(أ) أن المحكمة لا تكاد تنصب الحكمين رغم أن المادة ٩٥ أسندت إليهما مهمة استقصاء أسباب النزاع بين الزوجين وبذل الجهود في إزالتها، وإنما تقوم المحكمة ببعض محاولات الصلح، فإذا تعذر حكمت بالتطليق.

(ب) أن اللجوء إلى مسطرة الشقاق يفضي حتماً إلى التطليق بمجرد رفض الزوجة محاولات الصلح المتكررة، وذلك في أجل لا يتعدى ستة أشهر.

وقد كانت بعض حالات النزاع قد دامت زمناً طويلاً قبل صدور المدونة الجديدة، وتم الحسم في كثير من هذه الحالات بعد صدورها.

---

(١) ونص هذه المواد هكذا :

المادة٩٤: إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق ، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقاً لأحكام المادة ٨٢

المادة ٩٥: يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين ببذل جهدهما لإنهاء النزاع إذا توصل الحكمان إلى الإصلاح بين الزوجين ، حررا مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعها الحكمان والزوجان ويرفعانها إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجين نسخة منه ، وتحفظ الثالثة بالملف ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة.

المادة ٩٦: إذا اختلف الحكمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية، أو يقدماه خلال الأجل المحدد لهما ، أمكن للمحكمة أن تجري بحثاً إضافياً بالوسيلة التي تراها ملائمة.

المادة ٩٧: في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق ، تثبت المحكمة ذلك في محضر ، وتحكم بالتطليق، وبالمستحقات طبقاً للمواد ٨٣ و٨٤ و٨٥، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر. يفصل في دعوى الشقاق في آجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب.

(حـ) أن مسطرة الشقاق سلاح ذو حدين، فهي من جهة تضع حداً لمعاناة بعض النساء في الحالات التي يتعسف فيها بعض الأزواج ولا يستطعن تخليص أنفسهن من المعاناة إلا بسلوك هذا الطريق.

لكنها من جهة ثانية فتحت باباً واسعاً للاضطراب لدى كثير من العائلات، فبإمكان المرأة أن تلجأ إلى مسطرة الشقاق للتخلص من زوجها مع إرهاق كاهله بجميع المستحقات رغم أنه لم يصدر منه ما يلجئها إلى هذه المسطرة، بل يكفيها أن تقول أمام المحكمة إنها لا ترغب في البقاء مع الزوج وقد شوهدت حالات مأساوية تتجلى فيها مسطرة الشقاق بصورة أداة بيد المرأة للانتقام من زوجها متى شاءت!!

واستغلال هذه المسطرة بهذا الأسلوب يهدم أركان استقرار الأسرة، بل إن المدونة أتاحت فرصة أخرى أمام المرأة لتلجأ إلى مسطرة الشقاق في حالة طلبها للطلاق بدعوى إضرار زوجها بها.

فإذا ثبت للمحكمة أن الزوج يضر بزوجته فلها أن تطلقها عليه رفعاً لهذا الضرر، وهذا أمر لا إشكال فيه ولا نزاع لدى الفقهاء مع ورود نصوص شرعية فيه من مثل قوله تعالى: ﴿ **فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾ [**البقرة**: ٢٢٩].

وقوله عز وجل: ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا** ﴾ [**النساء**: ٣٥].

وإنما الإشكال فيما نصت عليه المادة ١٠٠ في فقرتها الثانية" إذا لم تثبت الزوجة الضرر وأصرت على طلب التطليق يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق. فالمادة من جهة قد تكون وضعت حداً لمعاناة بعض النساء اللواتي يلحقهن الضرر من الأزواج مع عجزهن عن إثبات هذا الضرر أمام المحكمة وهي حالات نادرة إذا أخذنا بعين الاعتبار توسيع المادة المذكورة دائرة إثبات الضرر،إذ جاء في فقرتها الأولى: «تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات...»

وبذلك تكون هذه المادة من جهة ثانية - كسابقتها- فتحت مهباً عريضاً للعواصف التي تجرف بنايات الأسرة، وترهق كاهل الزوج بتبعات ومستحقات

لم يتسبب فيها.

ومن السهولة أن تلحظ الآثار السلبية لمسطرة الشقاق في بهو محكمة الأسرة التي أنشئت مع تطبيق مقتضيات مدونة الأسرة الجديدة من اكتظاظ وتوتر وغليان يأتي بنيان كثير من الأسر من قواعدها ليخر عليها سقف المأساة دافناً سابق العشرة والفضل بين الزوجين،ناقضاً كل العرى الواصلة بين الوالدين وأطفالهما وموقظاً فتنة طالما نامت أعينها لتوقد نار الحرب والصراع بين الذكورة والأنوثة اللذين خلقهما الله سبحانه للتكامل والتعايش والتواد والتراحم في إطار العلاقات الأسرية النظيفة الراقية.

فهرست أهم مصادر البحث

١ - الإشراف على مذاهب أهل العلم لأبي بكر محمد بن ابراهيم بن المنذر النيسابوري الشافعي (ت٣٠٩) دار الفكر للطباعة والنشر بيروت طبعة ١٤١٣هـ ١٩٩٣م.

٢ - الأم، للإمام أبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي (ت٢٠٤) ط دار الشعب مصدرة عن الطبعة الأميرية.

٣ - أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء للشيخ قاسم القونوي (ت٩٧٨هـ) تحقيق د/أحمد الكبيسي ط. دار الوفاء- جدة.

٤ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني (ت٥٨٧) ط: زكريا علي يوسف.

٥ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام محمد بن أحمد(ابن رشد القرطبي) (ت٥٩٥).

٦ - البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن علي بن عبدالسلام التسولي دار الفكر للطباعة والنشر بيروت.

٧ - تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك على منهج العدل والإنصاف في شرح مسائل الخلاف، لأبي الحجاج يوسف بن درناس الفندلاوي (ت ٥٤٣) تحقيق د/أحمد البوشيخي ط. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية المغرب١٤١٩ هـ.

٨ - تفسير القرآن العظيم للحافظ ابن كثير (ت١٧٧٤) ط. دار الشعب - القاهرة.

٩ - جامع البيان عن تأويل آي القرآن لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري (ت٣١٠) ط مصطفى الحلبي القاهرة.

١٠- درر الحكام في شرح غرر الأحكام لمحمد بن فراموز الشهير. بملاخسرو الحنفي (ت٨٨٥) ط. دار السعادة ١٣٢٩.

١١- زاد المعاد في هدي خير العباد لشمس الدين محمد بن أبي بكر (ابن القيم) (ت٧٥١) تحقيق: شعيب الأرناؤط وعبدالقادر الأرناؤط ط. مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة.

١٢- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للإمام محمد بن على الشوكاني (ت١٢٥٠هـ) تحقيق قاسم غالي أحمد وآخرين ط. المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - القاهرة ١٤٠٣هـ.

١٣- الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير بحاشية الشيخ الدسوقي ط. عيسى الحلبي.
١٤- شرح منتهى الإدارات للشيخ منصور البهوتي (ت ١٠٥١هـ) تحقيق د/عبد الله بن عبد المحسن التركي الطبعة الأولى ١٤٢١ مؤسسة الرسالة.
١٥- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لجلال الدين عبدالله بن نجم بن شاس (ت٦١٦) تحقيق أبو الأجفان وآخرين ط. دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى ١٤١٥هـ ١٩٩٥.
١٦- عمدة القاري شرح صحيح البخاري لبدر الدين محمود بن أحمد العيني ت ٨٥٥، ط. مصطفى الحلبي.
١٧- عون المعبود شرح سنن أبي داود لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي تحقيق عبدالرحمن محمد عثمان، نشر محمد عبدالمحسن.
١٨- عيون المجالس، اختصار القاضي عبدالوهاب بن علي البغدادي المالكي (ت٤٢٢) تحقيق ودراسة أمباي بن كيباكاه، مكتبة الرشد، الرياض.
١٩- الغاية القصوى في دراية الفتوى لقاضي القضاة عبدالله بن عمر البيضاوي (ت ٦٨٥) دراسة وتحقيق علي محي الدين علي القره داغي.
٢٠- فتح الباري شرح صحيح البخاري لشهاب الدين أحمد بن علي (بن حجر) العسقلاني (ت ٨٥٢) مكتبات الكليات الأزهرية.
٢١- الكليات لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي (ت١٠٩٤) منشورات وزارة الثقافة، سوريا.
٢٢- لباب اللباب في بيان ماتضمنته أبواب الكتاب من الأركان والشروط والموانع والأسباب، لأبي عبدالله بن راشدالبكري المالكي.، المكتبة العلمية تونس.
٢٣- لسان العرب، لابن منظور (ت٤٩٠) .
٢٤- المبسوط، لشمس الدين السرخسي (ت ٤٩٠) دار المعرفة - بيروت.
٢٥- المجموع لأبي زكريا يحيى بن شرف الدين النووي (ت ٦٧٦) شرح المهذب للشيرازي، ط. زكريا علي يوسف.
٢٦- المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت٤٥٦) ط. دار الفكر بيروت.
٢٧- المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس (ت ١٧٩) دار صادر بيروت.
٢٨- المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين للقاضي أبي يعلى تحقيق د/عبدالكريم اللاحم، مكتبة المعارف، الرياض الطبعة الأولى.

٢٩- معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس (ت٣٩٥) ط. مصطفى الحلبي، تحقيق د/ عبدالسلام هارون.

٣٠- المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبدالوهاب البغدادي تحقيق د/ حميش عبدالحق، دار الفكر، بيروت.

٣١- المغنى لأبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة (ت ٦٢٠) مكتبة القاهرة.

٣٢- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للشيخ الخطيب الشربيني، ط. مصطفى الحلبي.

٣٣- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي لشمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي (ت ١٠٠٤) دار أجيال التراث العربي، بيروت.

أبيض